

CONCESSIONÁRIA CEG – PRAZO DE  
ATENDIMENTO AOS USUÁRIOS -  
FORNECIMENTO DE GÁS.

O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO — AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/020.17 5/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º. – Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 830, de 30/08/2011, para no mérito negar-lhe provimento.

Art.2º. – Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2011.

José Bismarck Vianna de Souza  
Conselheiro-Presidente  
Darcília Aparecida da Silva Leite  
Conselheira-Relatora  
Moacyr Almeida Fonseca  
Conselheiro  
Roosevelt Brasil Fonseca  
Conselheiro  
Sérgio Burrowes Raposo  
Conselheiro

Processo nº E-12/020.175/2010  
Data de Autuação 11/05/2010  
Concessionária CEG  
Assunto Prazo de atendimento aos usuários. Fornecimento de gás.  
Sessão Regulatória 31/10/2011

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.175/2010Data 11/05/2010 Fls.: 108**Relatório**Rúbrica: *f*

Trata-se de Recurso interposto pela Concessionária CEG<sup>1</sup> em face da Deliberação AGENERSA nº. 830, de 30/08/2011<sup>2</sup>.

Preliminarmente, aponta a tempestividade do recurso apresentado<sup>3</sup> e requer a concessão de efeito suspensivo ao mesmo<sup>4</sup>.

No mérito, após breve relato dos fatos, argumenta que "(...) tomou as providências cabíveis no intuito de realizar o fornecimento de gás ao cliente e eventual atraso decorreu da necessidade de realização de estudo de viabilidade

*u*

<sup>1</sup> Fls. 83/92.

<sup>2</sup> DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 830 DE 30 DE AGOSTO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG – PRAZO DE ATENDIMENTO AOS USUÁRIOS. FORNECIMENTO DE GÁS.

O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/020.175/2010, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, bem assim no art. 16, inciso III, e no art. 17, inciso VI, ambos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, em razão dos fatos narrados no presente processo, relativos ao atendimento ao usuário.

Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 3º - Aplicar a penalidade de advertência à CEG, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão c/c art. 18, inciso I, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, em razão do não atendimento às indagações da Ouvidoria desta AGENERSA.

Art. 4º - Determinar à SECEX, em conjunto com a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 5º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de agosto de 2011.

José Bismarck V. de Souza - Conselheiro-Presidente; Darcilia Aparecida da Silva Leite - Conselheira-Revisora; Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro-Relator; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro; Sérgio Burrowes Raposo - Conselheiro.

<sup>3</sup> "Considerando que a Deliberação nº. 830/2011 foi publicada no DOERJ do dia 08/09/2011, o prazo para interposição de Recurso venceria em 18/09/2011 (sábado), passando para o primeiro dia útil subsequente, 19/09/2011."

<sup>4</sup> Alegando que "(...) há um risco de prejuízo de difícil e incerta reparação, na forma do art. 77 § 2º do Regimento Interno da AGENERSA"; entende ser "(...) necessária a concessão do pedido de efeito suspensivo sob pena de configuração de um dano material considerável para a empresa, mesmo em caso de provimento do presente Recurso, uma vez que a inscrição em Dívida Ativa, ainda que por um breve período de tempo, podem prejudicar seriamente as atividades da Concessionária" e considera "(...) fundamental a concessão de tal efeito, para que haja possibilidade do Conselho Diretor analisar todas as argumentações postas no presente Recurso, antes de se manifestar definitivamente sobre o assunto, sendo esta a forma mais adequada de assegurar o devido processo legal e os princípios da ampla defesa e do contraditório".

*Concessionária envidado todos os esforços necessários para realizar o atendimento ao cliente, o que frise-se, não ocorreu in casu, não se mostraria razoável a imposição de penalidade de multa regulatória”; que “(...) que apesar da atribuição para fiscalizar o cumprimento do Contrato de Concessão, que envolve o atendimento aos usuários, a situação veiculada no presente processo, por sua notável insignificância dentro do universo de clientes atendidos, não se mostra de tal magnitude a ensejar a avaliação pelo Órgão Regulados”; argumenta que “(...) no universo de clientes atendidos pela CEG, que envolve cerca de 740 mil clientes, episódios isolados, como o aqui analisado, não poderiam ensejar tão pesada penalidade”; vislumbra que “(...) a imposição de penalidade de multa é medida que não está pautada na busca de um benefício em prol do interesse-público” e requer “(...) seja dado provimento ao presente Recurso, anulando-se a multa imposta no art. 1º da Deliberação AGENERSA nº. 830/11(...)”<sup>10</sup>.*

Conforme Resolução do Conselho-Diretor nº. 253<sup>11</sup>, de 27/09/2011, o presente processo é sorteado a minha Relatoria, sendo remetido a este Gabinete, pela SECEX, através do despacho de fls. 94, no qual informa a publicação da Deliberação AGENERSA nº. 830/11 em 08/09/2011, a interposição do presente Recurso, bem assim que “Em cumprimento da Deliberação AGENERSA nº. 830/11, foram autuados os processos E-12/020.414/2011 – penalidade de multa e E-12/020.443/2011 – penalidade de advertência.”.

Instada a se pronunciar<sup>12</sup>, a Procuradoria da AGENERSA apresenta o Parecer 855/2011. EVB, acostado às fls. 95/101, no qual, referindo-se ao pedido de concessão de efeito suspensivo, depreende “(...) a clara ausência de probabilidade de ocorrência de perigo de dano irreparável à execução do contrato de concessão, pois as determinações contidas nas Deliberações acima citadas não oferecem o possível risco de lesão ao direito da Recorrente, e se coadunam com o princípio da prestação do serviço público adequado, razões pelas quais não se recomenda a concessão do efeito suspensivo solicitado”; que “(...) não se vislumbra suspeita de ilegalidade dos respectivos atos administrativos normativos exarados por esta Autarquia, o que justificaria, caso existente, a concessão do

fundamento, ou requisito, para que se preencha o princípio da proporcionalidade, é a exigibilidade, mais conhecida como necessidade do ato” (grifos conforme original).

<sup>10</sup> Todos os grifos conforme original.

<sup>11</sup> Fls. 93.

<sup>12</sup> Fls. 94.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.175/2010

Data 11/05/2010 Fls.: 110

Rúbrica: d

presente efeito suspensivo”; transcreve doutrina de José dos Santos Carvalho Filho<sup>13</sup> e sugere “(...) o indeferimento da solicitação preliminar de concessão de efeito suspensivo.”

Quanto às razões recursais, aponta que “(...) a Procuradoria já havia se manifestado às fls. 54/55, afirmando que as condutas da recorrente infringiram normas contratuais, estando passível da aplicação das penalidades previstas no instrumento concessivo”; destaca, a seguir, trechos<sup>14</sup> do voto de vista por mim apresentado, que apresenta como “(...) parte integrante deste parecer”; quanto à irrazoabilidade e desproporcionalidade arguidas com relação à penalidade recorrida, entende que “A penalidade aplicada à Concessionária foi praticada de acordo com o instrumento concessivo<sup>15</sup>, de formas criteriosa, observando o devido processo legal, cabendo tal prerrogativa ao Conselho Diretor da Agência Reguladora, segundo a Lei 4556/2005” e que “(...) houve sim comprovação da culpabilidade da Concessionária, de acordo com o estabelecido nos autos”; sobre o princípio da razoabilidade, destaca<sup>16</sup> que “(...) a razoabilidade relaciona-se a viabilização do exercício concreto do direito de defesa o qual, já demonstrado acima, não foi violado, posto que toda a oportunidade de manifestação foi deferida à Recorrente”; que “(...) em doutrina é comum a adoção do referido princípio como sinônimo de outra norma principal, que estaria vinculada à medida da intervenção estatal na esfera de direitos do particular. Trata-se do princípio da proporcionalidade”<sup>17</sup>; afirma que “A

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.175/2010

Data 11/05/2010 Fls.: 111

Rúbrica: 

u

<sup>13</sup> “(...) Pode ocorrer, com efeito, que o administrador suspeite, de plano, da ilegalidade do ato e o paralise para evitar conseqüências mais danosas para a Administração.”

<sup>14</sup> “fls. 77. “ ...”Entretanto, no que tange à recusa de “ligação de gás”, entendo que caracteriza violação ao disposto no Contrato de Concessão em seu Anexo II- Requisitos de Qualidade e Segurança dos Serviços, Parte 2- Serviços aos Usuários/Prazos de Atendimento, item 13- Prazo de Atendimento aos Usuários, letra “A”- Serviços Obrigatórios, já que lá está previsto que a Concessionária deve realizar “orçamento de ramal” , no prazo de 72 (setenta e duas) horas.”

Fls. 77. “Como bem salientado pela CAENE,.....agora em sua letra “B” – Serviços Opcionais (condicionados à aceitação do consumidor) estabelece o prazo de 01 (uma ) semana para atendimento.” Fls. 77. “Nesses termos , a conduta praticada pela CEG melhor se harmoniza com o que dispõe o artigo 17, inciso VI da referida Instrução Normativa. In verbis: “Art. (17).... VI. deixarem....., aplicando-se, nesses casos, uma penalidade de multa para cada item desatendido.”

<sup>15</sup> Afirma que “(...) o Contrato de Concessão em sua Cláusula Dez disciplina com clareza as penalidades aplicáveis à Concessionária CEG. Dentre elas, se insere a penalidade de multa, objeto, pois, do presente Auto de Infração”; que “(...) através do §2º da aludida Cláusula depreende-se que a aplicação das penalidades disciplinadas fica condicionada à observância do princípio da proporcionalidade. Desse modo, serão aplicadas de acordo com a gravidade da infração. Nessa linha de raciocínio, os parâmetros de aplicação de penalidades são de pleno conhecimento da Concessionária, o que torna inócua e desprovida de amparo legal o alegado”.

<sup>16</sup> Ressalta que o princípio em referência “(...) é estudado por Carlos Roberto de Siqueira Castro, em obra já clássica, de estudo do direito comparado. Introduzido pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, teve sua juridicidade reconhecida como corolário do devido processo legal substantivo. Na Constituição brasileira entende-se esteja consagrado pela garantia do nullum crimen nula poena sin praevia lege, de origem no direito europeu, mais precisamente alemão, que é similar ao direito brasileiro por se tratar de sistema codificado”; assinala que o princípio da proporcionalidade “(...) compõe-se de três aspectos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito”;

<sup>17</sup> “Segundo a melhor doutrina, no entanto, o referido princípio relacionar-se-ia à garantia insculpida no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição, a garantia do nullum crimen nula poena sin praevia lege, de origem no direito europeu, mais precisamente alemão, que é similar ao direito brasileiro por se tratar de sistema codificado”; assinala que o princípio da proporcionalidade “(...) compõe-se de três aspectos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito”;

AGENERSA não tem a prerrogativa de eleger por si mesma a imposição ou não das sanções cabíveis. A violação da regra jurídica deve ser imposta uma sanção<sup>18</sup>; quanto à proporcionalidade em sentido estrito<sup>19</sup>, afirma que “Neste particular também é de reconhecer que a penalidade é proporcional posto que fixada dentro dos parâmetros contratuais e destinada a compelir ao adimplemento das obrigações a par da gravidade da conduta, imposta pelos patamares previstos na Cláusula Dez do Contrato de Concessão” e, por fim, sugere “(...) o improvimento do recurso apresentado, mantendo-se in totum, a Deliberação AGENERSA nº. 830/11”.

Mediante correspondência eletrônica<sup>20</sup>, a Assessoria deste Gabinete encaminha à CEG cópia digitalizada deste feito, informa a conclusão de sua instrução e assina o prazo de 08 (oito) dias para a apresentação de razões finais.

Na data de 20/10/2011, a Concessionária protocoliza nesta Agência a correspondência DIJUR-E-2119/11<sup>21</sup>, na qual aponta a sua discordância ao Parecer da Procuradoria da AGENERSA “(...) consoante as questões de mérito e direito já devidamente expostas no Recurso Administrativo interposto pela Concessionária” e reitera “(...) os termos do recurso apresentado, propugnando pelo seu conhecimento e provimento, de modo a anular a multa imposta no Art. 1º da Deliberação 830/11”.

É o Relatório.



Darcilia Leite

**Conselheira-Relatora**

---

que “O critério de adequação refere-se à compatibilidade entre meios e fins. Ou seja, se a medida imposta pela Administração é o meio correto para o atendimento do fim pretendido. No plano da adequação ficou evidenciado ao longo do feito que a Concessionária, não diligenciou quanto ao ocorrido, cabendo sua responsabilidade quanto ao descumprimento do Contrato de Concessão”; aduz que “O sub-princípio da necessidade, decorre da impossibilidade de obtenção do resultado pretendido por outro meio menos gravoso”; que “O contrato de concessão prevê que a violação de suas cláusulas resultará na imposição de penalidades. Isto porque, reconheceram as partes previamente, que esta seria uma medida necessária à impor a coerção da execução do contrato. É medida necessária também do ponto de vista legal, tanto é assim que a cláusula relativa à penalidade é reconhecida como essencial ao contrato de concessão, como dispõe o inciso VIII do art. 23 da Lei de Concessões, Lei 8987/95”.

<sup>18</sup> Continua afirmando que “(...) se ao longo do presente processo a concessionária não diligenciou para cumprir o contrato, ao contrário pretende uma imposição unilateral, à revelia do poder concedente e da AGENERSA, a imposição da penalidade é necessária à restauração do contrato ao seu status quo em benefício da segurança dos serviços.

<sup>19</sup> Esclarece que “(...) decorre da aferição e de valorações para a aplicação da própria medida em si. É a fixação dos parâmetros de imposição da medida restritiva. Logo, pode-se afirmar que a proporcionalidade é que permite um perfeito equilíbrio entre o fim e o meio empregado. É o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da mesma”.

<sup>20</sup> De 11/10/2011, às fls. 102 – Com comprovações de recebimento acostadas às fls.103, 104 e 105.

<sup>21</sup> Fls. 106.

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.175/2010

Data 11/05/2010 Fls.: 112

Rúbrica:

Processo nº: E-12/020.175/2010.  
Data de autuação: 11 de maio de 2010.  
Concessionária: CEG.  
Assunto: Prazo de atendimento aos usuários. Fornecimento de gás.  
Sessão Regulatória: 31 de outubro de 2011.

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.175/2010

Data 11/05/2010 Fls.: 113

Rúbrica: 

**Voto**

Trata-se de apreciar o Recurso interposto tempestivamente<sup>1</sup> pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 830<sup>2</sup>, de 30/08/2011, através da qual este Conselho-Diretor aplicou-lhe penalidade de multa “em razão dos fatos narrados no presente processo, relativos ao atendimento ao usuário”.

Em sede preliminar, a Concessionária requer a concessão de efeito suspensivo ao Recurso, para “(...) *sobrestar os efeitos da Deliberação AGENERSA nº. 830/11 no que tange à multa imposta em art. 1º, ante a necessidade de se conferir (...) o direito ao exercício das garantias ao contraditório e ampla defesa, antes de se impor o encargo da multa, que poderá levar à eventual inscrição em dívida ativa (...)*”.

Tal requerimento foi devidamente analisado pela Procuradoria da AGENERSA em 10/10/2011<sup>3</sup> que sugeriu “(...) *o indeferimento da solicitação preliminar de concessão de efeito suspensivo*”, ocasião em que também apreciou os demais

u

<sup>1</sup> Protocolizado nesta AGENERSA em 19/09/2011, observou o prazo de 10 (dez) dias estabelecido no art. 77 do respectivo Regimento Interno, considerando, para tanto, a prorrogação ao primeiro dia útil subsequente à efetiva data de expiração (conforme consta às fls. 81, a Deliberação AGENERSA nº. 830/11 foi publicada na Imprensa Oficial em 08/09/2011, de maneira que o prazo para protocolização do Recurso ora apreciado encerrou em 18/09/2011, domingo).

<sup>2</sup> DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 830 DE 30 DE AGOSTO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG - PRAZO DE ATENDIMENTO AOS USUÁRIOS.  
FORNECIMENTO DE GÁS.

O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO — AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/020.175/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, bem assim no art. 16, inciso III, e no art. 17, inciso VI, ambos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, em razão dos fatos narrados no presente processo, relativos ao atendimento ao usuário.

Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 3º - Aplicar a penalidade de advertência à CEG, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão c/c art. 18, inciso I, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, em razão do não atendimento às indagações da Ouvidoria desta AGENERSA.

Art. 4º - Determinar à SECEX, em conjunto com a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 5º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de agosto de 2011.

José Bismarck Vianna de Souza - Conselheiro-Presidente; Darcilia Aparecida da Silva Leite – Conselheira; Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro-Relator; Roosevelt Brasil Fonseca – Conselheiro; Sérgio Burrowes Raposo – Conselheiro.

<sup>3</sup> Sendo o feito remetido ao Gabinete desta Conselheira em 11/10/2011.

<sup>4</sup> Por depreender “(...) *a clara ausência de probabilidade de ocorrência de perigo de dano irreparável à execução do contrato de concessão, pois as determinações contidas nas Deliberações acima citadas não oferecem o possível risco de lesão ao direito da Recorrente, e se coadunam com o princípio da prestação do serviço público adequado, razões pelas quais não se recomenda a*

argumentos esposados pela Recorrente, tornando, portanto, o processo apto à inscrição na Pauta da presente Sessão Regulatória, o que, somado à decisão deste Conselho-Diretor emanada por ocasião da Reunião Interna realizada em 15/02/2011, de que "(...) *toda lavratura de Auto de Infração pela SECEX aguarde o prazo recursal e o julgamento de eventual Recurso.*" afastava qualquer possibilidade de prejuízo à Concessionária.

Pelo exposto, e por não vislumbrar motivo capaz de justificar o deferimento de tal pleito<sup>5</sup>, faço meus os fundamentos dispostos pela Procuradoria da AGENERSA às fls. 95/101, acatando sua sugestão de denegá-lo.

Ainda fundamentando seu pedido de concessão de efeito suspensivo, a Recorrente sustenta a já conhecida - *e absurda, registre-se* - tese de possível desequilíbrio econômico-financeiro da Concessão em razão das aplicações de multas, o que notadamente não se sustenta diante da natureza de sanção que possui tal penalidade.

Tal alegação foi apreciada por este Conselho-Diretor na Sessão Regulatória de 30/08/2011, ocasião em que, por unanimidade, foi acatado o entendimento desta Conselheira, exposto no Voto - que analisou o Recurso interposto pela mesma Concessionária CEG nos autos do Processo E-12/020.253/2010, condutor da Deliberação AGENERSA nº 831/2011, com a seguinte fundamentação:

"Como veremos, a hipótese levantada pela Concessionária de desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato acarretado por pagamento de multas não se sustenta, notadamente porque tal penalidade possui natureza de sanção.

Longe de querer esmiuçar o instituto, trago a baila entendimento de José dos Santos Carvalho Filho<sup>6</sup> sobre "Equação Econômico-Financeira". *In verbis*:

"Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de

concessão do efeito suspensivo solicitado", e porque "(...) não se vislumbra suspeita de ilegalidade dos respectivos atos administrativos normativos exarados por esta Autarquia, o que justificaria, caso existente, a concessão do presente efeito suspensivo".

<sup>5</sup> A possibilidade de concessão de efeito suspensivo encontra-se disciplinada no art. 77, §2º do Regimento Interno desta Autarquia, e reclama, como condição ao seu deferimento, "(...) a possibilidade de risco de perecimento de direito ou prejuízo para o interesse público ou, ainda, para a execução do contrato de concessão e sua adequada prestação (...)".

<sup>6</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 181.

u

uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação.”


Utilizando-se de uma explicação extremamente simplista, pode-se dizer que a equação econômico-financeira de um contrato administrativo é alcançada após estudos nos quais são sopesadas as receitas e despesas inerentes à execução de seu objeto, pretendendo, assim, preservar suas condições originárias.

Beira o absurdo, portanto, imaginar que o pagamento de multa por descumprimento às tratativas de um Contrato de Concessão possa ser considerado como despesa inerente à prestação do serviço público delegado, quando, a bem da verdade, revela-se justamente como instrumento sancionatório a uma falha na sua execução.

A tese da Recorrente conduz à inaceitável hipótese de se repassar ao usuário o ônus de suportar multa aplicada por descumprimento seu ao Contrato de Concessão, não sendo demais afirmar que, se assim fosse, o consumidor seria prejudicado duas vezes, eis que, não obstante ter usufruído de um serviço inadequadamente prestado - *e que serviu de fundamento para imposição de penalidade* -, ainda teria que fazer as vezes da Delegatária e arcar com o custo de sua ineficiência.

Com a certeza de que os fundamentos até aqui esposados são suficientes para demonstrar a improcedência do argumento da Concessionária e apenas por amor ao debate, vale ressaltar que, mesmo que o pagamento de multa contratual fosse considerado como despesa por ocasião do estudo que estabelece o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo, melhor sorte não assistiria à CEG.”.

Isso porque, naquele caso a explosão de bueiro e neste a recusa para “*ligação de gás*”, objeto deste regulatório, era evitável, de maneira que sua ocorrência

Serviço Pública Estadual  
 Processo nº E-12/020.175/2010  
 Data: 11/05/2010 Fio.: 115  
 Rúbrica: 



retrata inafastável negligência da Concessionária quanto à observância aos requisitos necessários à prestação do serviço adequado estabelecido no Contrato de Concessão.

Como no Voto antes citado, a fim de corroborar os fundamentos aqui delineados, trago à baila a lição de Marçal Justen Filho<sup>7</sup>. *In verbis*:

“Se a quebra da equação econômico-financeira derivou de conduta culposa do sujeito, não se admitirá a recomposição. Essa idéia pode ser expressada pela concepção de que a parte tem o dever de diligência de acautelar-se contra os riscos do negócio. Obviamente, esse dever refere-se aos riscos *ordinários*, inerentes à atividade e que se entranham com o seu desenvolvimento usual.”

Assim, considerando que <sup>u</sup> as multas impostas por este Ente Regulador se fundamentam sempre em violações às disposições contratuais, não haveria como essa obrigação personalíssima da Concessionária ser objeto de reequilíbrio, com consequente repasse ao usuário.

Já em tópico intitulado como “Breve Síntese dos Fatos”, nomenclatura que sugere simples resumo do ocorrido, a Recorrente argumenta que “(...) dentro do universo de clientes existentes na base dessa Concessionária, apenas foi relatado por essa Agência (...) um caso de cliente que a CEG teria demorado a fornecer gás (...)”<sup>8</sup> e que, diante disso, “poderá ser aplicado o princípio da insignificância (...)”, justificado “(...) quando a conduta do agente, embora formalmente típica (subsunção do fato a norma), não atinge o bem jurídico tutelado suficientemente para que possa concluir pela existência de irregularidade.”.

Não obstante a irrisignação da Recorrente, sua alegação não merece ser provida por este Conselho-Diretor, especialmente porque a falha punida retrata um dever assumido pela Concessionária, e certamente o Princípio invocado não é suficiente à alteração dos termos do Contrato de Concessão.

Demais disso, soa de todo desarrazoado deixar de penalizar comprovada falha na prestação de serviço, seja sob qual fundamento for, quando o princípio fundamental da Concessão é a prestação adequada do serviço concedido. <sup>u</sup>

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. 1ª Ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 400.

<sup>8</sup> Neste mesmo sentido, alega a Recorrente no tópico “Da Irrazoabilidade/Desproporcionalidade da Penalidade Aplicada”: “Ora, no universo de clientes atendidos pela CEG, que envolve mais de 740 mil clientes, episódios isolados, como o aqui analisado, não poderiam ensejar tão pesada penalidade.”

Em outras palavras, a aplicação do Princípio da Insignificância reclamado pela Recorrente colide com outros Princípios de aplicação específica à seara administrativa e à Concessão de Serviços Públicos em si, podendo citar, com alusão ao caso em voga, o Princípio da Universalização do Serviço.

A título de corroboração dos fundamentos até aqui esposados, trago à colação, por se tratar situação análoga, julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em especial da Apelação Cível nº. 0010798-60.2007.8.19.0037, apreciada em 18/08/2010, por sua Vigésima Câmara Cível. *In verbis*:

0010798-60.2007.8.19.0037- APELACAO

DES. LETICIA SARDAS - Julgamento: 18/08/2010 -  
VIGESIMA CAMARA CIVEL

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDÉBITO. ENFITEUSE. PAGAMENTO DE FORO ANUAL. ÍNFIMO VALOR. DESCUMPRIMENTO. PENALIDADE DE COMISSO. ALEGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUE NÃO PODE SER ACOLHIDA. APLICAÇÃO DA NORMA MUNICIPAL. COBRANÇA ATUALIZADA DO FORO 1. O autor/apelante está inconformado com a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados.2. Alega que em nenhum momento o Município apelado comprovou que teria sido celebrado um novo contrato com a Administração Pública.3. A existência ou não de um novo contrato não é capaz de afastar a obrigação do autor/apelante, que por iniciativa própria deixou de cumprir seu dever de pagar o foro.4. No presente caso, o autor descumpriu unilateralmente o seu dever contratual básico que era de pagar o foro anual, não sendo possível se admitir que o foreiro ao seu bel prazer e baseado em seu próprio entendimento simplesmente deixe de cumprir suas obrigações, alterando a essência do contrato celebrado e mais, impondo sua vontade sobre a Administração.5. **O princípio da insignificância não tem o condão de alterar o contrato celebrado e nem de excluir o dever assumido,** podendo, quando muito, ser invocado em sede de execução fiscal, se for o caso. 6. **Destarte, não é possível que o alegado princípio possa se sobrepor a outros de mesma ou de maior importância, criando**

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.175/2010

Data: 11/05/2010 Fls.: 117

Rúbrica: 

**tratamento diferenciado entre contribuintes, ferindo os Princípios da Isonomia, Impessoalidade e mesmo da Supremacia do Interesse Público.**7. Quanto à impossibilidade de o Município apelado fazer sua reavaliação com base na valorização imobiliária da propriedade do apelante, trata-se de aplicação da legislação municipal, descabendo qualquer análise neste sentido.8. Desprovimento do recurso." (grifos nosso)

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.175/2010

Data 11/05/2010

Fls.: 118  
Rúbrica: Y

Portanto, é possível afirmar que não penalizar sua regulada na presente situação, em que há uma comprovada má prestação do serviço público concedido, tornaria esta AGENERSA conivente com a não prestação do serviço adequado, já que, de maneira imotivada, a Recorrente retardou a instalação do ramal de gás.

A aplicação de penalidade face uma comprovada falha na prestação do serviço de suas reguladas, revela-se como dever legal desta Agência Reguladora, que, como Autarquia Especial que é, portanto integrante da Administração Pública Indireta, não pode ignorar o disposto no Contrato de Concessão para se furta à aplicação de penalidade, sob pena de, assim, violar o Princípio da "Indisponibilidade", a respeito do qual ensina José dos Santos Carvalho Filho<sup>9</sup> que "Os bens e interesses não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos."

Diante de tudo isso, infligir sanção à Concessionária na hipótese vertente, não configura mera discricionariedade desta Autarquia, mas sim observância aos deveres legais impostos por sua Lei de Criação, notadamente no seu art. 4º, I e IV<sup>10</sup>.

No mais, alega a Recorrente que "(...) casos como este, registrado na Ouvidoria, deveriam ser objeto de procedimento prévio, sem cunho sancionatório, visando, primeiramente, o atendimento do interesse do cliente.", o que causa estranheza, notadamente porque arguido nos autos de processo no qual restou comprovado descaso às indagações da Ouvidoria da Agência Reguladora, o que, inclusive, redundou

<sup>9</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 28.

<sup>10</sup>Lei Estadual nº. 4.556/2005 - "Art. 4º - Compete à AGENERSA, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes:

I - zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições;

(...)

IV - fiscalizar, diretamente ou mediante delegação, os aspectos técnicos, econômicos, contábil e financeiro, sempre nos limites estabelecidos em normas legais, regulamentares ou pactuais, os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, aplicando diretamente as sanções cabíveis".

na aplicação de penalidade, diga-se, não impugnada no Recurso ora enfrentado, fato que corrobora o reconhecimento da falha pela Concessionária.

Prosseguindo, a certificação ISO 9001 de fato representa um reconhecimento importante da atuação da Concessionária, mas não inibe o exercício das atividades desta AGENERSA, legalmente definido e contratualmente pactuado.

Não seria demais afirmar, inclusive, que a boa conceituação revelada pela Concessionária no que tange à certificação ISO 9001, em parte se deve à atuação eficiente desta Agência Reguladora que, diligentemente, cobra e fiscaliza, perseguindo incansavelmente o cumprimento das metas e observância aos princípios dispostos no Contrato de Concessão, mesmo que, para isso, necessite, por vezes, aplicar penalidade de multa à sua Regulada.

Como derradeira razão de recorrer, a CEG lança a tese de *“Irrazoabilidade/ Desproporcionalidade da Penalidade Aplicada”*, sob o argumento de que *“(…) não é suficiente, para a validade dos atos do Poder Público, a mera observância dos procedimentos constitucionais ou legais que condicionam a sua regular edição. A diferenciação jurídica carece de motivação idônea, obedecendo-se critérios aceitáveis do ponto de vista racional e deve, principalmente, estar de acordo com finalidades constitucionalmente válidas”*.

Por oportuno, faço uma abordagem, ainda que sucinta, dos Princípios supostamente violados quando da aplicação da penalidade de multa por meio da Deliberação AGENERSA nº. 830/11.

A começar pelo Princípio da Razoabilidade, da definição do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho<sup>11</sup> é possível concluir que o ato administrativo só será dotado de falta de razoabilidade quando for ilícito, ou seja, quando não embasado em norma legal, ou mesmo quando distanciar-se de sua finalidade.

A toda evidência não é o caso dos presentes autos, uma vez que as condutas sujeitas à aplicação de penalidade estão delineadas tanto no Contrato de Concessão como na Instrução Normativa nº. 001/2007, que, por sua vez, são de pleno conhecimento da CEG. u

<sup>11</sup> *“Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis (...). Significa dizer (...) que não pode existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude. Acertada, pois, a noção de que o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade (...) quando se pretende imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a idéia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal”* (grifos no original). FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 31/32.

Portanto, verifica-se a impertinência das alegações da Concessionária no que se refere à alegação de violação do princípio da razoabilidade. Passo, então, a analisar a mesma arguição, agora com relação ao princípio da proporcionalidade, trazendo à colação palavras do doutrinador já citado<sup>12</sup>, a respeito do referido princípio.

*“Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.”*

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.175/2010

Data: 11/05/2010 Fm: 1/20

Rúbrica: cf

Conforme já esclarecido, restou amplamente comprovado que a Concessionária não observou seus deveres e obrigações quando violou disposições do Contrato de Concessão, notadamente aquelas que dizem respeito ao serviço adequado, justificando, pois, a atuação desta Agência Reguladora.

Observa-se que a aplicação de multa contra a qual se insurge a Recorrente atende a todos os requisitos que fundamentam o princípio em voga, ou seja: é ato *adequado*, vez que a multa foi aplicada com espeque no Contrato de Concessão e na Instrução Normativa, corroborando, portanto, a compatibilidade da conduta administrativa com o fim pretendido; é *exigível* na medida em que a imposição de multa é meio destinado a impor à Concessionária a observância do Contrato de Concessão, e, se assim não fosse, a Concessionária não teria anuído com sua previsão no Contrato de Concessão; e, por fim, a aplicação de penalidade de multa é em si proporcional às faltas identificadas, já que a vantagem a ser auferida se consubstancia no atendimento aos preceitos dispostos no respectivo Contrato de Concessão.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 830, de 30/08/2011, para no mérito negar-lhe provimento.

É o Voto.



**Darcilia Leite**

Conselheira-Relatora

<sup>12</sup> Obra já citada, p. 33

**AGENERSA**

Agência Reguladora  
de Energia e Saneamento Básico  
do Estado do Rio de Janeiro

**DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 897**



**DE 31 DE OUTUBRO DE 2011.**

**CONCESSIONÁRIA CEG – PRAZO DE  
ATENDIMENTO AOS USUÁRIOS.  
FORNECIMENTO DE GÁS.**

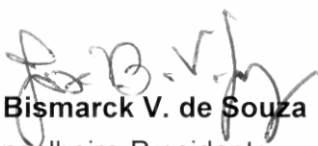
O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/020.175/2010, por unanimidade,


**DELIBERA:**

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 830, de 30/08/2011, para no mérito negar-lhe provimento.

Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

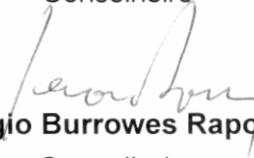
Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2011.

  
**José Bismarck V. de Souza**  
Conselheiro-Presidente

  
**Darcilia Aparecida da Silva Leite**  
Conselheira-Relatora

  
**Moacyr Almeida Fonseca**  
Conselheiro

  
**Roosevelt Brasil Fonseca**  
Conselheiro

  
**Sérgio Burrowes Raposo**  
Conselheiro

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.175/2010

Data: 11/10/2011 Fm: 191

Rúbrica: f